فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۰
پاییز ۱۳۹۶، ۱۱۲-۹۵

نقدی بر ادله جریان خیار شرط در نکاح*

دکتر عبداله بهمن پوری
استادیار دانشگاه یاسوج
Email: bahmanpouri10@gmail.com
دکتر محمد حسن حائری[1]
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: haeri-m@ferdowsi.um.ac.ir
دکتر محمد تقی فخلعی
استاد دانشگاه فردوسی مشهد
Email: fakhlaei@ferdowsi.um.ac.ir

چکیده

یکی از مسائل مهم فقه خانواده در مکتب فقهی اسلام مساله‌ی امکان یا عدم امکان قرار دادن خیار شرط در نکاح است، مسئله‌ای که در اکثر کتب اصلی فقهی مورد بررسی قرار گرفته و با اینکه ادله متعددی برای نفی آن ذکر شده است. باید گفت: این ادله، استحسانی و قابل نقد ورد می‌باشند. در این میان، تنها اجماع و سیره عملی مسلمانان می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، لیکن این اجماع و سیره نیز در پرتو بنای عمومی عقلا بایستی مورد مطالعه قرار گیرد. این نوشتار به مطالعه و نقد و تحلیل ادله مردود بودن خیار شرط در نکاح پرداخته و گامی به سوی تنقیح بحث و پیراستن آن از گفته‌های نه چندان دقیق، به پیش نهاده است.

کلیدواژه‌ها: عقد نکاح، خیار شرط، خیار شرط در نکاح، مقتضای عقد نکاح

---

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۱۰/۲۹؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٤/۰٦/۱٤.

DOI: 10.22067/fiqh.v0i0.31174

۱ . نویسنده مسئول

مقدمه

یکی از مباحث کهن در باب نکاح که بسیار مورد نیاز مردم است و فقهای امامیه و اهل سنت، آن را مطرح کرده‌اند، شرط خیار فسخ در عقد نکاح و در مهر است. پرسش این است که آیا عاقد می‌تواند هنگام عقد برای خود اختیار فسخ نکاح و یا برهم زدن مهری که معین شده است را قرار دهد یا نه؟ و بر فرض عدم جواز و بطلان شرط، آیا موجب بطلان عقد نیز می‌شود یا اینکه به صحت عقد ضرری نمی‌زند؟

آنچه از سوی فقها به عنوان دلیل بر منع خیار بیان شده است، دچاراشکال بوده و قابل نقد است و در واقع همه تعلیلات ذکر شده استحسانی بوده و توجیهاتی بیش نیست، در این میان اجماع، بیش‌تر مورد توجه بوده است و حتی برخی آن را دلیلی خالی از ایراد پنداشته‌اند و برخی نیز آن را مدرکی یافته‌اند.

در این جستجو به بررسی و نقد ادله منع خیار شرط در نکاح خواهیم پرداخت و در رهگذر بررسی آراء و استدلال‌های گروه موافق و مخالف، قول برتر را بیان خواهیم کرد. خواهیم دید که وجوهی که برای منع گفته شده، دارای اشکال‌های واضح، و اکثر آن‌ها وجوهی استحسانی‌اند که صلاحیت دلیل واقع شدن برای رفع ید از عموم و طلاق ادله، ندارند.

دیدگاه‌های مهم فقها در مورد خیار شرط در نکاح

فاضل هندی در کشف اللثام گفته است: «اگر در نکاح شرط خیار شود طبق نظر مشهور، عقد باطل می‌شود و این قول، وجیه است؛ چون در نکاح، شائبه عبادت است و از این رو قبول خیار نمی‌کند. در این حالت تراضی، بر عقد خیاری صورت گرفته، با لفظ عقد، معنی نکاح را اراده نکرده‌اند و این، لغو است.

ابن ادریس عقد را صحیح و شرط را باطل دانسته است؛ به خاطر وجود مقتضی که همان عقد نکاح است و فقط شرط خیار، فاسد است؛ اما عقد، بواسطه آن فاسد نمی‌شود، مانند سایر شروط. محقق حلی در این باره تردید کرده است. (فاضل هندی، کشف اللثام، کتاب نکاح، بحث خیار شرط در نکاح)

محقق کرکی در جامع المقاصد گفته است: «با وجود عموم المومنین عند شروطهم خیار شرط در نکاح داخل نمی‌شود؛ به دلیل اینکه: اولاً، نکاح عقدی معاوضی نیست که در آن اشتراط تروی و اختیار تشریع شود ثانیاً، شدت احتیاط در فروج اینگون اقتضا می‌کند، ثالثاً، در نکاح، شائبه عبادت است رابعاً، رفع نکاح، متوقف بر امر معینی یعنی طلاق است» (۱/ ۲۴۴).

شهیدین گفته‌اند: اشتراط خیار در عقد جایز نیست؛ زیرا نکاح، ملحق به انواع عبادات است و معاوضات، بنابراین با اشتراط خیار، عقد باطل می‌شود؛ زیرا تراضی بر شرط فاسد واقع شده و شرط حاصل نشده است.» (۵/ ۱۲۰).

شهید ثانی در مسالک چنین گفته است: «مشهور میان اصحاب، بطلان نکاح با شرط خیار است و بـر این نظر، شیخ در مسبوط و دیگران قطع پیدا کرده‌اند. دلیل آنان این است که، نکاح از عقود معاوضی نیست که قابلیت دخول خیار شرط را داشته باشد بلکه در آن شائبه عبادت اسـت و شـرط خیـار آن را از وضـع‌اش خارج می‌کند. ابن ادریس با شیخ مخالفت ورزیده و حکم به صحت عقد و فساد شرط کـرده اسـت. دلیـل کلام ابن ادریس این است که مقتضی برای صحت عقود وجود دارد و مانع نیـز منتفـی اسـت و اگـر عقـد، قابلیت خیار نداشته باشد شرط خیار ضمن آن لغو خواهد شد و به مقتضای عقد عمل خواهد شد بـه دلیـل اصل صحت؛ پس از بطلان یکی بطلان دیگری لازم نمی‌آید و عموم «اوفوا بالعقود» نیز دلیل دیگری است. نتیجه اینکه، هر یک از عقد و شرط چیزی منفک از دیگری است. نیز به باور ابن ادریس، دلیلی بـر بطـلان نکاح از کتاب و سنت و اجماع، در کار نیست. هیچ یک از اصحاب ما (امامیه) قائل به بطلان نشده و قـول بطلان، از تخریجات مخالفان و فروعات آنها است که شیخ طوسی بنا بر عادت، آن را برگزیده است. دلیـل بطلان این است که تراضی بر عقد همراه با شرط واقع شده است، پس اگر شرط ناتمام باشد عقد به تنهـایی و مجرد از شرط، صحیح نخواهد بود؛ زیرا عقد، به تنهایی و بدون شـرط، مقصـود نبـوده و صـحت عقـد، مترتب بر قصد است. بنابراین یا باید حکم به صحت هر دو کرد و یا حکم به بطلان هر دو. لیکن در اینجـا به خاطر بطلان شرط، نتوان حکم به صحت هر دو کرد، در نتیجه، حکم به بطلان هر دو متعین و این أقوی است.» (ج ۱، کتاب نکاح مبحث شرط خیار).

همین سخن مسالک را با طول و تفصیل، علامه در مختلف ذکر کرده است و آنچه را که شـیخ طوسـی گفته، برگزیده است و به ابن ادریس حمله شدیدی کرده است (علامه حلی، ۵/ ۳۹).

صاحب جواهر گفته است: «اشتراط خیار در عقد صحیح نیست؛ به دلیل اجماع قولی که کشف الثام و دیگران گفته‌اند. محقق حلی نیز به این قول گرایش یافته و گفته است نکاح معاوضه محض، نیست و لذا در آن علم به مقعود علیه (زوجه) از طریق رؤیت و یا وصف رافع جهالت، شـرط نیسـت، همچنان‌کـه نکـاح بدون تعیین عوض (مهر) صحیح است. نیز نکاح، با وجود مهر فاسد، صحیح است. نیـز اینکـه، در نکـاح شائبه عبادی بودن است و در آن خیار جاری نمی‌شود. و نیز فسخ نکاح با خیار موجب ابتذال زن می‌شود و این ضرر بر اوست. از این رو هنگام طلاق قبل از دخول، برای جبـران ضـرر زوجـه، نصـف مهـر بـرای او واجب می‌شود. بلکه شاید منافات خیار شرط با عقد نکاح از ضروریات فقه باشد (صـاحب جـواهر، ۲۹/ ۱۴۹).

صاحب جواهر در پاسخ ابن ادریس که عقد را صحیح و شرط را باطل می‌دانست می‌گوید: «آنچه کـه ابن ادریس گفته است واضح الفساد است؛ به دلیل اینکه، چنین شرطی، با مقتضای عقد، منافی اسـت. نـه

به دلیل اینکه شرط، غیر مشروع است. در هر حال، این بحث تأمل برانگیز است (۳۱/ ۱۰۶).

شیخ انصاری نیز گفته است: «به اجماع فقها در نکاح خیار داخل نمی‌شود، این اجماع از خلاف و مبسوط و سرائر و جامع المقاصد، نقل شده است و مسالک نیز نقل اجماع کرده است و شاید دلیل عدم دخول خیار در نکاح، این باشد که برطرف شدن نکاح شرعاً متوقف بر طلاق است و تقایل در آن مشروع نیست.» (۵/ ۱۵۱).

ادله قائلان به منع خیار در نکاح

۱. ارتفاع نکاح شرعاً متوقف بر طلاق است و تقایل در آن راه ندارد

این دلیل در عبارت شیخ انصاری پیش‌تر گذشت (۵/ ۱۵۱). در این باره همچنین گفته شده: از مواردی که اقاله در آن تشریع نشده‌است نکاح است؛ چرا که طلاق، به منظور جدایی زوجین تشریع شده و اختیار آن، به دست زوج قرار داده شده است. اینکه اختیار زن در انتخاب زوج، در روایات باطل اعلام شده و اینکه با رضایت زن، جدایی حاصل نمی‌شود، کاشف از عدم مشروعیت اقاله در نکاح است و در موثقه عیص ابن القاسم از ابی عبدالله (ع) آمده؛ از مردی سؤال کردم که همسرش را مختار کرد و همسرش نیز جدایی را اختیار کرد، امام (ع) فرمودند: این چیزی نیست (یعنی موجب جدایی نیست). افزون بر اینکه، تسالم وجود دارد بر عدم جواز شرط خیار در نکاح و نیز عموم یا اطلاقی در دلیل مشروعیت اقاله نیست به گونه‌ای که شامل نکاح هم بشود.

نقد: اولاً: زوال علقه نکاح از طریق فسخ به عیوب و مانند آن از اموری است که شکی در آن نیست. پس برطرف شدن نکاح منحصراً متوقف بر طلاق نیست.

ثانیاً: زوال علقه هر چند که عنوانی است مشترک میان طلاق و فسخ اما ظاهر این است که این دو ذاتاً با یکدیگر متفاوت‌اند. نه اینکه در اسباب و آثار متفاوت باشند و در ذات یکی باشند. و این بدین خاطر است که حقیقت طلاق، جدایی زوجه و فراق او از زوج، و لازمه آن، ارتفاع علقه زوجیت می‌باشد. در حالی که فسخ، نفس رفع علقه و بازگشت امر به ما قبل است. (عود الامر الی ما کان)، به همین خاطر، فسخ به علقه زوجیت، و طلاق به زوجه تعلق می‌گیرد. بنابراین توقف جدایی و فراق و وابستگی آن به طلاق، مقتضی این نیست که رفع علقه، مطلقاً بر طلاق متوقف باشد. (اصفهانی، ۴/ ۲۲۳) به عبارت دیگر: اثبات چیزی (طلاق) نفی ما عدا نمی‌کند. شاهد اینکه در مواردی به سبب‌های گوناگون (عیوب) در نکاح خیار راه می‌یابد (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۶۹).

یکی از حاشیه نگاران مکاسب بر این گفته شیخ، پاسخ نقضی وارد کرده به اینکه نکاح با فسخ به عیوب

نیز مرتفع می‌شود و ممکن است این نقض را این‌گونه دفع کرد که مراد شیخ انصاری این است که ارتفاع نکاح بر طلاق متوقف است، مگر اینکه دلیل خاص دیگری بر انحلال، دلالت کند و در اینجا چنین دلیلی در کار نیست.

وی گوید: چنین توجیهی به دشواری قابل پذیرش است؛ زیرا استناد به اجماع با وجود احتمال مدرکی بودنش، صحیح نیست مگر بعد از استناد به مدرک آن و اینکه ارتفاع نکاح شرعاً بر طلاق متوقف باشد، به خودی خود، محتاج دلیل است و دلیل نیز چیزی جز اجماع، نیست و قدر متقین از این اجماع، صورت خالی بودن نکاح از شرط خیار است، بنابراین جواز ارتفاع نکاح به سبب خیار شرط در ضمن عقد نکاح که به عموم ادله شروط ثابت است، منافاتی با آن ندارد (شهیدی، ۳/ ۴۵۲).

تقایل، ملاک شیخ انصاری

دلیل دوم شیخ انصاری این است که چون تقایل در نکاح جاری نمی‌شود، خیار شرط نیز در آن جاری نمی‌گردد.

نقد: گویا کبرای این دلیل، این است که در هرآن چه تقایل راه نیابد، خیار نیز راه نمی‌یابد. لیکن این کبرا مخدوش است و دلیلی بر اختصاص خیار شرط به مواردی که تقابل دران مشروع است، موجود نیست (روحانی، المرتقی ۱/ ۲۷۳) و شرط خیار اگر متوقف بر چیزی باشد، آن چیز، مشروعیت فسخ است. و این گفته که هر جا تقایل ممکن باشد، خیار ممکن است، صرفاً ادعا است؛ چرا که خیار در نکاح به خاطر برخی عیوب جاری است. بنابراین ملازمه‌ای میان خیار و تقابل نیست. (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۰).

این در حالی است که شیخ انصاری در مقام تمامیت قاعده از جهت اصل و عکس می‌گوید: «اظهر بر حسب قواعد منوط بودن ورود خیار شرط به صحت تقایل در عقد است (اصل) ... و اگر تقایل درست نباشد، اشتراط خیار نیز صحیح نیست (عکس).

تحلیل امام خمینی در مورد ملازمه شیخ انصاری

امام خمینی در صحت عکس قاعده اشکال کرده است. ایشان در مورد اصل قاعده، بر آن شده که هر عقدی که در آن اقاله صحیح است، خیار شرط نیز صحیح است، لیکن عکس قضیه صحیح نیست و ملازمه‌ای میان عدم صحت اقاله و عدم جریان شرط خیار در کار نیست. ایشان معتقد است، راز مسئله این است که از معامله‌ای که در آن تقایل جاری می‌شود، کشف می‌شود که معامله‌ای که بعد از تحقق و لزوم، تصرف طرفین معامله در آن درست است، بنا بر اولویت، اختیار امر معامله قبل از تحقق و لزوم نیز بدست متعاملین است. می‌توان چنین گفت که از صحت تقایل کشف می‌شود که لزوم، حق است، در نتیجه، آن دو می‌توانند بر برداشتن آن توافق یابند.

اما عکس این مسئله درست نیست؛ چون ممکن است عقد، موضوع برای حکم شرعی باشد بعد از تحقق عقد، نه قبل از آن پس. برای طرفین عقد تصرف در حال حدوث عقد جایز باشد، نه در حالت بقای آن و مانعی بر سر راه این احتمال نیست (امام خمینی، ٤/ ٢٦٤).

دیدگاه محقق یزدی در مورد ملازمه مذکور

صاحب عروه گفته است: «ممکن است به عدم جریان تقابل در بیع خیاری، تا زمانی که خیار باقی است قائل شد؛ چرا که ادله تقایل از این مورد قاصر است؛ و با وجود خیار، اقاله نادم ممکن نیست. به علاوه، اشکالی در جریان شرط خیار نیست هر چند که برای او خیار دیگری باشد و جریان اقاله با وجود عدم جریان خیار شرط در جایی که خیار شرط منافی مقتضی عقد باشد، امکان دارد. آنگونه که در عقد رهن است. بنابراین که شرط خیار در رهن منافی طلب وثیقه‌ای باشد که مقصود از رهن است. اشکالی در جریان اقاله در رهن نیست. و تحقیق این است که نسبت میان اقاله و خیار شرط، عموم و خصوص من وجه است و مورد افتراق اقاله، مسئله رهن و وقف است بنابراین که شرط خیار در وقف منافی دوام و در رهن منافی استیثاق باشد، بنابراین شرط خیار در این موارد جایز نیست اما بعد از انعقاد و اتمام آن‌ها اقاله جایز است. در صورتی که موقوف علیه معین باشد یا اینکه اقاله با ولی وقف انجام شود. مورد افتراق خیار شرط، ایقاعاتی است که خیار شرط در آن جاری می‌شود یا ممکن است که در آن جاری شود ولی موردی برای جریان اقاله در آن‌ها نیست؛ چون اقاله نیازمند دو طرف است اما ایقاع یک طرف دارد، با این وجود، اشتراط خیار برای کسی که طرف ایقاع نیست ممکن است. به طور مثال، در طلاق، برای زوجه یا برای خودش (زوج) خیار قرار دهد و زوجه به آن رضایت دهد همچنین در ابراء و مانند آن. حاصل این‌که تفکیک از هر دو سوی اقاله و خیار شرط ممکن است (یزدی، ٣٤).

بنابر این نمی‌توان به تقایل به عنوان ملاکی برای دخول خیار شرط در عقود از جمله نکاح قائل شد.

در مورد گفته دیگرشیخ انصاری و توقف شرعی رفع نکاح بر طلاق، به دو صورت، می‌توان یاد کرد.

صورت اول: اینکه به عدم ثبوت مشروعیت فسخ در نکاح تفسیر شود، آنگونه که برخی محشین مانند محقق اصفهانی تفسیر کرده‌اند و این به جهت صغروی مردود است؛ به خاطر اینکه، فسخ در نکاح بر اثر برخی عیوب، ثابت است.

وجه دوم: ممکن است مراد شیخ این باشد که علقه نکاح زائل نمی‌شود، مگر به‌واسطه طلاق و آنچه که دلالت بر زوال نکاح با فسخ در برخی موارد می‌کند مخصص آن خواهد بود. همین معنا معنا اقرب به عبارت و انسب به شیخ انصاری است؛ زیرا بعید است که شیخ انصاری مشروعیت فسخ در نکاح در برخی موارد (عیوب) را نفی کند.

سرانجام، از بررسی آنچه ذکر شد، به دست می‌آید که دلیلی بر عدم صحت خیار شرط در نکاح نیست به جز اجماع و تسالم اصحاب، چنان‌چه کسی بر چنین اجماعی تکیه کند، تکلیف روشن است وگرنه مقتضی قاعده جواز شرط خیار در نکاح است (روحانی، المرتقی ، ۱/ ۲۷۳).

۲. نکاح مسبوق به تروی تام است

خیار برای درنگ و تروی در امر عقد است و نکاح مسبوق به تروی تام است پس موجبی برای تروی در نکاح، به طریق خیار شرط نیست (خویی، الشروط، ۲/ ۳۶).

نقد: اولاً اگر آن‌چه که گفتید، حکمت خیارات شرعیه باشد، اقتضای آن را ندارد که غایت در خیارات جعلیه، نیز همین باشد. (اصفهانی، ۴/ ۲۲۴) ثانیاً این گفته علاوه بر اینکه استحسانی است و محلی در استدلال فقهی ندارد، مقتضی این است که خیار در عقود مهم دیگری که مسبوق به تروی اند جریان نداشته باشد، امری که احدی به آن ملتزم نمی‌گردد (خویی، الشروط،۲/ ۳۶).

۳. نکاح شاکله عبادت دارد یا در آن شائبه عبادت است

گفته شده: در نکاح شائبه عبادت است و هر چیزی که شائبه عبادت داشته باشد، فسخ ناپذیر است؛ به دلیل «ماکان لله لا رجعة فیه». (سید یزدی، ۲/ ۳۲؛ قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۱).

نقد: صرف اینکه نکاح از اموری است که شارع آنرا ترغیب کرده است مقتضی این نیست که در زمره عبادات در آید. هم‌چنان‌که روایاتی که در طلب معاش و تکسب وارد شده، مقتضی عبادت بودن آن‌ها نیست، با اینکه وارد شده (ان العبادة سبعون جزء افضلها طلب الحلال) (وسایل الشیعه باب تجارت) و وقوع نکاح به صورت واجب یا مستحب به قصد امتثال امر وجوبی یا ندبی، مانع از خیار نیست. همان طور که در بیعی که به قصد قربت انجام گیرد، مانعی از خیار شرط نیست (اصفهانی، ۴/ ۲۲۴) دیگر اینکه این گفته، به موارد رجوع در نکاح، به سبب‌های فسخ، نقض می‌شود. افزون بر اینکه، در نکاح قطعاً قصد قربت شرط نیست (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۱).

برخی نیز در نقد عبادی بودن نکاح چنین استدلال کرده‌اند: «اینکه گفته شد «نکاح شائبه عبادت دارد» نقض می‌شود به امثال بیع برای معاش و مزارعه و دیگر معاملات مستحب شرعی، که اشکالی در استجاب شرعی آن‌ها نیست، با اینکه فقها اختلافی ندارند که خیار شرط در این موارد جریان می‌یابد.

می‌توان پی برد که مجرد ثبوت استحباب، بلکه وجوب چیزی، عبادت بودن آن چیز را اقتضا نمی‌کند. چون عبادت، مطلق عمل محبوب نزد شارع نیست، بلکه چیزی است که متقوم به قصد قربت باشد، به گونه‌ای که بدو آن تحقق نیابد و واضح است که نکاح از مصادیق عبادت نیست؛ چرا که هر چند نکاح نزد شارع محبوب است و ایقاع آن به قصد قربت صحیح است ولی قصد قربت مقوم آن نیست.» (خویی،

الشروط، ۲/ ۳۳).

از طرفی اشتراط خیار در عبادات عقلاً ممتنع نیست، به گونه‌ای که رفع ید از عمومات و اطلاقات ادلـه شروط لازم گردد و برای اثبات امکان خیار شرط در عبادت کافی است رجوع شود به ادله‌ای که دلالـت بـر استحباب اشتراط خیار در احرام دارد. (حر عاملی، ج ۹، باب ۲۳ و ۲۴ از ابواب احرام). و نیز ادله اشـتراط خیار در اعتکاف (همو، ج ۷، باب ۴ و ۹ از ابواب اعتکاف). (خویی، الشروط، ۲/ ۳۵) «منظور از اشـتراط خیار در احرام این است که در حین احرام شرط کند (حلنی حیث ما منعتنی) چنان‌چه بـه مـانعی برخـورد کردم از احرام خارج می‌شوم. پس اگر در اثنای احرام بیمار شود، می‌توانـد از احـرام خـارج شـود و ایـن از مصادیق خیار در عبادت است.» (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۳۲).

۴. اشتراط خیار در نکاح موجب ابتذال زوجه می‌گردد

در جواهر الکلام (۲۹/ ۱۴۹) آمده است که اشتراط خیار در نکاح منجر به ابتذال زوجه می‌گردد و این ضرر بر زوجه است، بدین روی، برای جبران ضرر زوجه، در طلاق قبل از دخول، نصف مهر بر عهده زوج لازم می‌آید.

نقد: اگر فرض کنیم که چنین چیزی ضرر بر زوجه باشد، از آن‌جا که زوجه خود بر آن اقدام کرده است و مثل این موارد را نمی‌توان به دلیل نفی ضرر استناد کرد پس فرق میان خیار شـرط و طـلاق قبـل از دخـول دانسته می‌شود چونکه طلاق قبل از دخول ضرری است که متوجه زوجه است آن هم بدون رضایت وی اما خیار شرط با رضایت و اقدام خودش بوده است. (اصفهانی، ۴/ ۲۲۴).

برخی نیز با همین بیان به قاعده لاضرر استناد کرده و گفته‌اند: قرار دادن خیار فسخ در نکـاح، موجـب ابتذال زوجه، و ضرر برای او است، و طبق قاعده «لاضرر» منتفی است.

نقد: اولاً، دلیل اخص از مدعا است چرا که ممکن است قضیه بر عکس باشد (مکارم شیرازی، کتـاب نکاح، ۱/ ۱۳۲) ثانیاً: زوجه خود، اقدام به این کار کرده است و با وجود اقدام، چگونه ممکن اسـت کـه بـه دلیل نفی ضرر تمسک شود. به علاوه، از دلیل نفی ضرر فقط حکم تکلیفی حرمـت مسـتفاد اسـت و ایـن منافی با صحت نیست (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۲).

۵. خیار شرط منافی مقتضی عقد نکاح است:

در جواهر الکلام (۲۹/ ۱۴۹) آمده که در روایـات، نکـاح بـه معنـی «تـزویج مقـام» و «نکـاح بـات» (وسایل الشیعه، ابواب المتعه) آمده است.

از این روی، صاحب جواهر معتقد گشته: «در صورت اشتراط خیار در نکاح، با لفظ عقد معنی نکـاح

را اراده نکرده‌اند، چرا که قرار دادن شرط خیار، منافی مقتضی عقد (بـات، مقـام یـا دائـم) اسـت نـه اینکـه مخالف کتاب و سنت باشد (۳۱/ ۱۰۶).

نقد: به عقیده برخی فقها، متعه در صورت ذکر نشدن مدت، به نکاح دائم تبـدیل می‌شـود و چنان‌چـه مدت و اجل ذکر شود، نکاح موقت می‌گردد. گاهی از آن به «نکاح ثبات» و گاهی به «نکاح بات» و گاهی به «تزویج مقام» تعبیر می‌شود. این امر، مقتضی آن نیست که شرط خیار، منافی عقد باشد. چنان که عقـد بیع نیز، مقتضی ملکیت مطلق و غیر موقت است و شرط انحلال عقد منافی آن نیست؛ چرا که شرط خیار، موجب بازگشت ملکیت است، نه اینکه توقیت (موقت کردن) بیع باشد. در نکاح دائم نیز آنچه ثابت اسـت زوجیت غیر محدود و غیر موقت است و انحلال آن، انحلال زوجیت ثابت و غیر محدود است نه توقیت و تعیین وقت برای آن، همان طور که طلاق نیز توقیت نکاح نیست. و قصد طلاق یا خیـار شـرط، منـافی بـا قصد ایجاد زوجیت غیر محدود نیست بلکه مؤکد آن است (یعنی اینکه نکاح دائمی است که با خیار منحل می‌شود و اگر دائمی نبود خیار نمی‌طلبید) (اصفهانی،۴/ ۲۲۵).

ممکن است گفته شود: بنای نکاح بر دوام است پس شرط خیار منافی مقتضی عقد است.

نقد: خیار شرط منافی دوام نیست بلکه مؤید آن است (یعنی نکاح دائمی است که نیازمند خیار است، و اگر دائمی نبود، خیار لازم نبود) و آنچه منافی دوام است، توقیت است نه جعل خیار. (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۷۲).

ملاک محقق نایینی در تشخیص لزوم حکمی از لزوم حقی

محقق نائینی بر این نظر است که برای تشخیص اینکه آیا لزوم از احکام است یـا از حقـوق، بایـد دیـد لزوم، به چه دلیلی اثبات شده است. و برای امتیاز این دو از یکدیگر معیارهایی را مطرح کـرده اسـت بـدین بیان:

اگر موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند «عقد» باشد مثل اینکه لزوم به واسطه أوفـوا بـالعقود اثبـات شده باشد، لزوم، حق است، ولی چنانچه موضوع دلیل مثبت لزوم، عناوین خاصه بوده و لزوم بر روی خود بیع یا نکاح و امثال این‌ها بار شده باشد، در آن صورت منوط به اختیار طرفین نبوده و لزوم حکمی است.

نقد: چنانچه موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند خود عناوین خاصه باشد احکامی که بر آن مترتب می‌شود الزاماً یک سنخ نیست زیرا احکامی که مترتـب بـر یـک شـیء می‌شـود دو صـورت دارد: گـاهی از احکامی است که بر آن شیء، بر حسب طبیعت آن، مترتـب می‌گـردد، و گـاهی از احکـام فعلـی آن شـیء است. به عنوان مثال: پایداری و دوام که از احکام شرعی زوجیت دائمه است، حکمی است که بر طبیعـت زوجیت، بار می‌شود، ولی همین حکم ممکن است به وسیله طلاق مرتفع گردد لـذا همـانطور کـه عـرض

کردیم منافات ندارد که شوهر آن را به صورت شرط مؤکد در خود عقد قرار دهد و شرط کند که امر طلاق در اختیار او باشد.

بنابراین حتی در صورتی که لزوم برای خود عناوین خاصه نیز اثبات شود این لزوم به طبع خود، از احکام شرعی آن عناوین است لذا با مرتفع ساختن آن به وسیله جعل خیار و غیر آن منافات نداشته و چنین چیزی، خلاف شرع به شمار نمی‌آید (زنجانی، ۱۰/ ۳۵۹۰).

در اینکه لزوم در نکاح از احکام است نه از حقوق، برخی بزرگان تشکیک کرده‌اند. حکیم گفته است: «گفته شده که لزوم در عقد نکاح از احکام است نه از حقوق و اگر از احکام باشد، خیار شرط منافی آن خواهد بود و شرط منافی مقتضای عقد، باطل است. این گفته مصادره به مطلوب است؛ چون در مرتکزات عرفی میان نکاح و دیگر عقود معاوضی فرقی نیست.» (۱۴/ ۴۰۵).

۶. خیار در معاوضات جریان می‌یابد درحالی که در نکاح قصد عوض نمی‌شود

دلیلی که چندین تن از فقها ذکر کرده‌اند این است که نکاح عقدی است که در آن قصد عوض نمی‌شود؛ زیرا بدون تعیین مهر نیز صحیح است؛ و در کلمات این دسته فقها معلوم نیست که چرا خیار را قصد بر معاوضه کرده‌اند؟ شاید با این ادعا که خیار حق رد و استرداد است و چنین چیزی فقط در معاوضه ممکن است و از آن‌جا که در نکاح، عوضی در کار نیست تا تسلطی بر استرداد آن شود، خیار نیز نیست.

نقد: این گفته مردود است؛ چون خیار حق انحلال عقد است و آثار آن بر حسب موارد فرق می‌کند.

یا بر این پایه باشد که چون نکاح متقوم به عوض نیست، به ایقاع، مانند است، که این نیز رد می‌گردد، به اینکه موجبی برای بخشیدن عنوان ایقاع به نکاح نیست نه عقلا و نه شرعاً (اصفهانی، ۴/ ۲۲۵).

۷. نکاح بر احتیاط، مبتنی است، از این رو خیار در آن داخل نمی‌شود

ابتنای نکاح بر احتیاط تام، منافی ورود خیار در آن نیست، همچنان‌که در اموال نیز چنین است. اموال نیز شرعاً مبتنی بر احتیاط تام است و با این وجود اشکالی در قرار دادن خیار شرط در اموال نیست. اما ادعای وجود اجماع بر عدم قبول فسخ در نکاح، قطعاً باطل است؛ چرا که موارد ثبوت حق فسخ به حکم شارع زیاد است، از قبیل عیوب زوجین که با نصوص ثابت‌اند و مانند خیار زن آزاد در عقد خویش، چنان‌چه شوهرش با کنیزی بدون اذن او ازدواج کند؛ البته بنابر قولی و همچنین خیار خاله و عمه اگر که همسرشان بدون اذن آن‌ها با دختر برادر یا خواهرش ازدواج کند. و خیار زوج و زوجه صغیر بعد از بلوغ، چنان‌چه ولی، آن‌ها را قبل از بلوغ، تزویج کرده باشد و مانند خیار کنیز هرگاه آزاد گردد و همسرش عبد باشد، حتی گفته شده اگر همسرش آزاد باشد، خیار دارد و موارد دیگری از این گونه (خویی، الشروط، ۲/ ۳۵).

۸. استدلال محقق خویی بر عدم جریان خیار شرط در نکاح

محقق خویی در تحلیلی نسبتاً طولانی با رویکردی منحصر به فرد و خاص، بر ممنوعیت خیار در نکاح استدلال کرده و گفته است: ظاهر آن است که خیار شرط در نکاح جاری نمی‌شود و بر فرض که چنین شرطی شود، مفسد است و مانند سایر شروطی که مفسد عقد نیست، نیست و دلیل این سخن (یعنی مفسد بودن شرط خیار در نکاح) این است که مرجع اشتراط در عقود تضییق دایره منشأ است واگر در نکاح، اشتراط خیار شود، معنای آن این است که مشروط له حق فسخ نکاح را هر وقت که بخواهد، دارد. بنابراین معلوم نیست که او نکاح را فسخ می‌کند یا نمی‌کند و بنابراینکه فسخ کند معلوم نیست که چه موقعی آن را فسخ می‌کند بنابراین وقت فسخ مجهول است و از آنجا که نکاح در شریعت اسلامی بر دو نوع است دائمی و موقت، چنین عقدی (نکاح دارای خیار شرط) خارج از هر دو نوع است. چنین عقدی دائمی نیست؛ چون نکاح مقید به بعد از فسخ است و معنایی ندارد که بعد از فسخ هنوز نکاح باقی باشد (یعنی نکاح چون بعد از فسخ پایان می‌پذیرد، پس دائمی نیست) و دائمی نامیدن آن، تناقض آشکار و واضح است. چنین نکاحی، (نکاح خیاری) موقت هم نیست، چون در نکاح موقت شرط است که وقت معلوم و معین (مسمی) باشد، کما اینکه در روایات فراوان و در قرائت ابن عباس، نکاح موقت «الی اجل مسمی» آمده است و از آنجا که در چنین نکاحی (نکاح خیاری) وقت معلوم نیست پس باطل است. بنابراین نباید شرط خیار در نکاح را با بقیه شروط فاسد که مبطل عقد نیستند، مقایسه کرد، نتیجه اینکه، اشتراط خیار در نکاح فاسد و مفسد عقد است. بله اگر توقیت به آن چیزی باشد که شارع آنرا وقت قرارداده، مانند طلاق و عیوب پنج گانه، مانعی از چنین توقیتی در نکاح نیست؛ چون امری تعبدی است. (خویی، مصباح الفقاهه، ۶/ ۲۷۲).

تحلیل کلام محقق خویی

ایشان برای اثبات قول بطلان شرط خیار در عقد نکاح به دو وجه استدلال کرده‌اند:

وجه اول: قوام عقد دائم به عدم محدودیت و استمرار دائمی است در حالی که قرار دادن خیار به معنای اختیار داشتن در محدود کردن آن است و این دو با هم در تنافی هست‌اند. زیرا عقد به وسیله اشتراط خیار تا زمانی محدود می‌شود که ذو الخیار از حق خود برای فسخ عقد استفاده نکرده است. و این مانند آن است که گفته شود: «بعتک بشرط ان لا تملک ثمنه» و یا به قول حکیم مثل این است که گفته شود «بعتک بلا ثمن» یا «اجرتک بلا اجرة» که با مفهوم عقد منافات دارد.

وجه دوم: شرط خیار در صورتی صحیح است که لزوم مربوط به التزام متعاقدین (لزوم عقدی)، و به

تعبیر بهتر از حقوق متعاقدین باشد. اما اگر از احکام شرعی بوده و ارتباطی به تعهد و التزام طـرفین نداشـته باشد، در این صورت، اذن در اشتراط خیار نخواهد داشت زیرا اشتراط خیـار از قبیـل شـرط مخـالف شـرع است و چنین شرطی مسلماً باطل است.

آنگاه می‌فرمایند: لزوم در عقد نکاح از احکام شرعی است و زوجیت به جز در مـوارد خـاص (مـوت، طلاق، انقضاء مدت و ابراء در عقد منقطع) استمرار می‌یابد و اگر از حقوق متعاقدین بود بایـد ماننـد بـاب بیع، قائل به صحت تقایل در نکاح می‌شدیم، در حالی که بی تردید، تقابل در نکاح جائز نیست.

نقد وجه اول: هنگام انشای عقد دائم، با جعل خیار، محدودیتی برای متعلق نکاح (زوجیت دائمی) به وجود نمی‌آید. آنچه که متعلق نکاح است زوجیت دائمی است. جعل خیار، حکم لزوم وفای به عقد نکاح را محدود می‌کند، نه متعلق آن را. قوام عقد دائم به این است که برای متعلق آن در انشاء عقـد، محـدودیتی حاصل نگردد و محدود شدن حکم نکاح با زوجیت دائمی تنافی ندارد. بر همین اساس است که اگر مـرد، در عقد نکاح به صورت شرط مؤکد، برای خود حق طلاق قرار دهد و مثلا به این صورت بگوید کـه بـا تـو ازدواج می‌کنم به شرط اینکه هر وقت خواستم تو را طلاق دهم، بلا اشکال چنـین عقـدی را همـه صـحیح می‌دانند. اگر آن طور که آقای خویی ادعا می‌کنند، حق خیار به معنای محدودیت متعلق عقـد باشـد، بایـد شرط طلاق را نیز به معنای محدود کردن زوجیت دانسته و به عنوان شرط مباین، صحیح ندانند، در حـالی که مسلماً خود ایشان نیز چنین شرطی را شرط مباین به حساب نمی‌آورند. به طور خلاصه، شرط خیار، قید برای حکم است نه متعلق حکم، لذا منافاتی بادائمی بودن زوجیت ندارد (زنجانی، ۱۰/ ۳۵۸۸).

نقد وجه دوم: آقای خویی از اینکه تقایل در نکاح جایز نیست خواسته‌اند نتیجـه بگیرنـد کـه لـزوم در عقد نکاح از حقوق متعاقدین نبوده و از احکام شرعی است و بنابراین، شرط خیار در عقد نکاح از مصادیق شرط خلاف شرع خواهد بود.

اما به نظر می‌رسد در اینجا بین دو مطلب خلط شده است. اگر بخواهیم از جواز تقایل در عقدی نتیجه بگیریم که لزوم در آن از حقوق متعاقدین است، البته این درست است و بنـا بـر اواولویـت می‌تـوان نتیجـه گرفت که شرط خیار نیز در موقع انشاء برای یک یا دو طرف بی‌مانع است. زیـرا بـین جـواز تقایـل و جـواز شرط خیار ملازمه هست. اما در طرف نفی اگر پس از انجام معامله جایز نباشد که با توافق یکدیگر عقد را به هم بزنند، چه ملازمه‌ای دارد با اینکه در حین عقد نیز جایز نباشد که در مورد شرط خیار توافـق نماینـد؟ آیا از این که پس از انعقاد بیع نمی‌توانند ثمن یا مثمن را تغییر دهند، می‌توان نتیجه گرفت که قبـل از انعقـاد عقد هم چنین حقی برای آنان نیست؟ از عدم جواز تقایل نمی‌توان نتیجه گرفت که جعل خیار جایز نیست. زیرا بین عدم جواز تقایل و عدم جواز جعل خیار هیچ ملازمه‌ای نه عقـلا و نـه عرفـاً وجـود نـدارد. اثبـات

ملازمه شرعی نیز نیازمند دلیل است (همان)

آیا در این مساله اجماع محقق است؟

برخی از معاصران را نظر بر این است که دلیل اجماع قابل مناقشه است؛ چرا که نمی‌توان در این زمینه اجماع تعبدی ارائه داد (قمی طباطبایی، ۴/ ۱۶۷). استناد به این اجماع بعد از احتمال مدرکی بودنش، صحیح نیست، مگر بعد از استناد به مدرک آن و اینکه رفع نکاح شرعاً بر طلاق متوقف باشد، خود نیازمند دلیل است و دلیل چیزی جز اجماع بر آن نیست و قدر متقین از این اجماع، صورت خالی بودن نکاح از شرط خیار است (شهیدی، ۳/ ۴۵۲).

بررسی و تحلیل اجماع

از زمان شیخ طوسی به بعد هر کدام از فقها که این مسأله را عنوان کرده‌اند همه فتوی به بطلان این شرط داده‌اند، علاوه بر این که در هفت یا هشت کتاب فقهی ادعای اجماع شده یا کلماتی شبیه به آن گفته شده است. شیخ در خلاف تعبیر به «لاخلاف» می‌کند (۴/ ۲۹۲) یکی از نکات مهم در مورد اجماع این است که شیخ در کتاب «الخلاف» در اکثر مسائل به اجماع استناد می‌کند، اما در مورد خیار شرط در نکاح از عبارت «لاخلاف» استفاده می‌کند و همین امر موجب تشکیک برخی نویسندگان در تحقق اجماع شده است: «در مورد مساله نکاح خیاری و صحت یا بطلان شرط یا نکاح، هیچ بیان تعبدی از قبیل آیه یا روایتی وجود ندارد حتی آیه ای که بشود با مفهوم موافق یا مخالف و دلالت تنبیهی و اشاره‌ای حکمی از آن نسبت به مساله دریافت کرد و نیز در جوامع روایی اهل سنت و امامیه روایتی_حتی خبر واحد ضعیف_نسبت به این مساله وارد نشده است و بنابراین از منصوصات شرعی نیست و از این جهت تا زمان شیخ طوسی هیچ اظهار نظری از محدثین و حتی از فقهای امامیه نسبت به این مساله نشده است، به همین دلیل شیخ طوسی در این مساله ادعای اجماع نکرده است» (عابدین مؤمنی، ص ۱۲۹) در پاسخ این اشکال باید گفت: **اولاً** از این که وی در بعضی مسائل به اجماع و اخبار استناد می‌کند (اما در این مساله به اجماع استناد نمی‌کند) لازم نمی‌آید که در همه مسائل، به اجماع و اخبار استناد کند. (علامه حلی،۵/ ۳۹) **ثانیا:** مسأله‌ای که بین عامه و خاصه مطرح و مورد ابتلا باشد و ایشان از آن تعبیر به «لاخلاف» کند با اجماع چندان تفاوتی ندارد (زنجانی، ۱۰/ ۳۵۷۹) **ثالثا:** بسیاری از بزرگان از جمله شیخ انصاری عبارت لاخلاف شیخ طوسی را به عنوان اجماع پذیرفته‌اند چرا که شیخ انصاری در مکاسب از دو کتاب خلاف و مبسوط شیخ طوسی نقل اجماع می‌کند. (شیخ انصاری، مکاسب، ۵/ ۱۵۱) در مبسوط نیز با «لا خلاف» تعبیر می‌کند (۴/ ۱۹۴) ابن براج در مهذب اجماع را حاصل می‌داند (۱/ ۳۵۶) ابن ادریس در سرائر فقط به اجماع استناد می‌کند

(۲/ ۲۴۶) شهید ثانی در مسالک، عدم خیار در نکاح را موضع وفاق می‌داند (۳/ ۲۱۲) و فاضل هندی در کشف اللثام خیار را به اتفاق باطل می‌داند (۷/ ۵۴) در واقع جملگی از عباراتی که همگی معنای اجماع و اتفاق نظر را می‌رساند یاد کرده‌اند. محقق کرکی هم در جامع المقاصد در باب بیع پس از اینکه شرط خیار را در بیع جایز دانسته، عدم جواز آن را در باب نکاح نیز متعرض شده و آن را اجماعی دانسته است؛ وی در باب نکاح نیز از قطعی بودن بطلان شرط خیار یاد کرده است. هر چند عبارت ایشان در اجماعی بودن مسئله صراحت ندارد، وی می‌فرماید: فان شرط (یعنی شرط الخیار فی النکاح) کان الشرط باطلا قطعاً و هل یبطل به العقد فیه قولان (۱۲/ ۶۸). شاید از اینکه در مورد این شرط می‌گوید، قطعاً باطل است ولی در مورد بطلان عقد به واسطه این شرط از دو قول یاد می‌کند، بتوان استظهار کرد که این شرط را بنا بر قول واحدی باطل می‌داند و این عبارة اخرای از اجماع است.

محقق عاملی نیز گفته است: «خیار شرط اصلاً در نکاح جاری نمی‌شود؛ به دلیل اجماع آن طور که در خلاف و مبسوط و سرائر و جامع المقاصد و مسالک آمده است و به دلیل شبیه عبادت بودن و ابتنای آن بر احتیاط تام و مبسوق بودن آن به تروی و متوقف بودن رفع آن به رافع خاص» (۴/ ۵۶۸).

در هر حال در مسأله‌ای که جزء مسائل تفریعی نیست بلکه از اصول مسائل و مورد ابتلای مردم است و فقها از قدیم آن را مطرح نموده‌اند و هیچ یک بر خلاف آن فتوی نداده، اجماع ثابت است. به علاوه، این مسأله در میان عامه هم از دوران امام صادق (ع) به بعد مطرح بوده و تمام فقهای آن‌ها فتوی به بطلان داده‌اند. آن هم در موضوعی که برای زوجین بسیار مهم است که اگر مدتی زندگی کردند و آن ازدواج موردپسندشان واقع نشد به ویژه در جایی که مهریه را سنگین گرفته‌اند با تکیه بر چنین شرطی بتوانند آن را فسخ و معدوم کنند، در چنین مسأله‌ای اگر حکم واقع غیر از آنچه که همه فتوی داده‌اند بود، ائمه علیهم السلام بیان می‌کردند و حتماً مخفی نمی‌ماند. نتیجه اینکه دلیل اجماع در این مسأله تمام است و جای هیچ تردیدی وجود ندارد. بلکه می‌توان آن را از مسلمات دانست (زنجانی، ۱۰/ ۳۵۷۹).

همچنین گفته شده: «این مطلب -یعنی عدم ورود خیار شرط در نکاح- از مسلمات فقهی است بلکه از مسلمات عرفی و فتوایی و عملی است که جمعی بر آن دعوای اجماع کرده‌اند؛ بنابراین این حکم از مسلمات است.» (سبزواری، ۲۴/ ۲۳۳).

بنابراین می‌توان گفت اجماع در این مساله مسلماً واقع شده است و نشانه بارز آن این است که اکثر مخالفین جریان خیار در نکاح قبل از ذکر دیگر ادله منع به ذکر اجماع پرداخته‌اند (انصاری، ۵/ ۱۵۱) با توجه به اینکه اولاً اجماع در زمان شیخ طوسی مسلماً واقع بوده است و عبارت «لاخلاف» او بیانگر این اجماع است و ثانیاً سایر ادله بعد از ایشان ذکر شده، می‌توان نتیجه گرفت که وجوه ذکر شده دیگر، هر چند استحسانی و قابل رد بوده و ارزش علمی نداشته‌اند اما ناشی از اهتمام فقهای بزرگ و تیزبین در این مسئله

است؛ چرا که علاوه بر ذکر اجماع برای اهمیت و قطعیت بخشیدن به رأی خود به هر وجه عقلی که در خصوص این نهاد مقدس_نکاح_ به ذهن خطور کند نیز استدلال کرده‌اند. البته ناقدان دیگری با تیزبینی افزون‌تر، این ادله را به نقد کشیده و نارسایی آن را عیان گردانده‌اند. تنها اشکال مدرکی بودن این اجماع مطرح است و آن اینکه این اجماع در بستر رویکرد فراگیر عقلایی در مسئله قامت افراشته است، بنابراین بازگشت آن به سیره و بنای فراگیر عقلاست. همچنانکه سیره متشرعه نیز در این باره مورد ادعاست.

سیره عقلا و متشرعه در مسئله

از جمله مباحثی که به فهم بهتر هر مساله فقهی حقوقی کمک می‌کند، کاوش حکم آن مساله در بستر سیره مسلمین یا در دید گسترده‌تر در پرتو سیره عقلا است. آنچه در لسان فقها به عنوان ادله منع خیار در نکاح ذکر شده گرچه استحسانی است اما می‌توان به آن در بستر سیره عقلا نگریست. در باب علت پیدایش چنین سیره‌ای می‌توان از مصلحت حفظ نظام یاد کرد. یکی از محققین در این باره می‌گوید: «پرکاربردترین خاستگاه سیره در گفته‌های اصولیان، مصلحت حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن است همان چیزی که به طور شایع در افواه اصولیان به عنوان مصلحت نظامیه تعبیر شده است. مقصود از آن مصالحی است که قوام و استقرار حیات بشر در گرو تأمین و رعایت آن است و عقلا همواره در پی آن بوده‌اند.» (فخلعی، ص ۱۰۳) در این باره می‌توان از این حقیقت یاد کرد که عقلا با بنای راسخ و مستحکم خود، مانع از جریان خیار در نکاح شدند؛ چرا که چنین چیزی، نهاد خانواده را که از مهم‌ترین و مستحکم‌ترین تأسیسات عقلایی است، در معرض تزلزل و تلاشی قرار می‌داد و ثبات را از نظام خانواده می‌ستاند، بنابراین سیره عقلا برای حفظ نظام خانواده بر عدم جریان خیار در نکاح استوار گشت. این سیره در مرئی و منظر معصوم نیز جریان یافت و مورد منع و ردع قرار نگرفت. برخی نیز خاستگاه سیره عقلا در این مساله را نگاه قدسی و خاص آنان به مساله نکاح و همچنین غیر رایج بودن خیار در آن می‌دانند: «عقلاء به نکاح به دیده قدسی می‌نگرند و در پرتو چنین دیدی است که علقه زوجیت را والاتر و رفیع تر از آن می دانندکه قبول خیار و اقاله کند به همین خاطر چنین چیزی از آن‌ها مشاهده نشده است و ادله امضاییه نکاح شامل مواردی که نزد عقلا غیر معتبر است نمی‌شود. خلاصه کلام اینکه اگر که خیار، امری غیر رایج میان علماء باشد در این صورت ادله امضاییه شامل آن نمی‌شود.»[1] (سبحانی، ۲/ ۲۵۷).

---

۱ «أنّ العقلاء ینظرون إلى النكاح، بنظر قدسی، فیرون علقة الزوجیة أعلى و أنبل من قبول الخیار و الاقالة و لأجل ذلک لم یر منهم، و الأدلة الإمضائیة للنكاح، لا تشمل غیر المعتبر عند العقلاء إذا كان هناک دالّ على التوسع و هو غیر موجود. و خلاصة الكلام أنه إذا كان الخیار، أمرا غیر رائج بین العقلاء فالأدلة الإمضائیة، لا تشمل ما هو الخارج عنه» (سبحانی، نظام النكاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ۲/ ۲۵۷).

دیدگاه امام خمینی

امام خمینی به تسالم اصحاب و شان خاص نکاح اشاره می‌کند: «و أما النكاح، فلا يصح فيه؛ للتسالم بين الأصحاب، و دعوى الإجماع و عدم الخلاف فيه و لأنّ النكاح به ما أنّ له شأناً خاصاً فی جميع الملل و النحل و آداباً خاصة، و كذا الفراق منه- حتى أنه قد اعتبرت فيه شرعاً شروط و آداب خاصة، و سبب خاص؛ هی كلمة «هی طالق» لا غير، حتى المجازات و الكنايات و ما يفيد صريحاً الفراق و الطلاق، إلا فی بعض الموارد المستثنى منه شرعاً- يحدس الفقيه بأنه ليس مثل المعاملات القابلة للفسخ به توافق المتعاملين، و لا قابلاً لجعل الخيار فيه، و أنّ لزومه حكمی؛ غير قابل للانحلال إلا به ما جعله الشارع الأقدس موجباً له. و لا أقلّ من الاطمئنان و الوثوق، بأنّ جعل الخيار مخالف للشرع، مع أنّ الشک كافٍ فی ذلک.» (۴/ ۳۸۹) «در نکاح خیار شرط داخل نمی‌شود به دلیل اجماع و به این دلیل که اگر خیار شرط در نکاح ثابت بود، قولاً و فعلاً میان مسلمانان مشهور و معروف می‌گشت.» (مجاهد طباطبایی، ۳۳۶) به هرحال «نکاح در میان عقلا همواره بوده است و عقلا در عقد نکاح حق فسخ قرار نداده‌اند، تنها طلاق وجود دارد که بعضی اقوام، آن را مخصوص مرد می‌دانند و بعضی دیگر به زن نیز حق می‌دهند ولی از خیار فسخ در نکاح در میان عقلا اثری نیست، در مذاق متشرعه هم نیست و اگر شنیده شود، امر شگفتی به نظر می‌آید.» (مکارم شیرازی، ۱/ ۱۳۵).

نتیجه‌گیری

آنچه به عنوان دلیل منع خیار شرط در نکاح در لسان فقها آمده است، عمدتاً ادله عقلیه‌ای است که قابل مناقشه و رد می‌باشد. در این میان اجماع منقول از شیخ طوسی قابل استناد است. سیر تاریخی مساله نیز این نظریه را تقویت می‌کند که نکاح در سیره مسلمین و حتی سیره عقلاء دارای ارزش قدسی و شان خاص است و هیچ موردی از نکاح خیاری یافت نمی‌شود و عموم فقها با اینکه در مقام نقد و رد ادله منع خیار در نکاح بر آمده‌اند، ولی همگی، اجماع را عمده دلیل بر منع دانسته و آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند. با توجه به شائبه مدرکی بودن اجماع، بهتر آن است، که این اجماع در پرتو سیره فراگیر عقلا و متشرعه مورد مطالعه قرار گیرد همان گونه که امام خمینی چنین مبنایی داردند. نگاه درست‌تر در مسئله این است که شرع اسلام در باره نکاح و حدود و شرایط آن، هیچ تأسیسی سوای تأسیسات عقلاییه ندارد. و امضای شارع اسلام به همان مرتکزات عرفی و عقلایی تعلق گرفته است. بنابراین مسلم است که خیار شرط در نکاح جریان پیدا نمی‌کند. اما اینکه آیا شرط خیار، مبطل نکاح است یا خیر، خود نیازمند مطالعه دیگری است.

منابع

ابن ادریس، محمد بن احمد، ***السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی***، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.

اصفهانی، محمد حسین، ***حاشیة کتاب المکاسب***، محقق عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.

امامی، حسن، ***حقوق مدنی***، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۴۶.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات***، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

ایروانی، علی، ***حاشیة المکاسب***، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ق.

بحرانی، یوسف بن احمد، ***الحدائق الناضرة فی أحکام العترة الطاهرة***، محقق محمد تقی ایروانی- سید عبد الرزاق مقرم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق.

تبریزی، جواد بن علی، ***إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، ۱۴۱۶ ق.

حر عاملی، محمد بن حسن، ***وسائل الشیعة***، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.

حکیم، محسن، ***مستمسک عروه الوثقی***، قم، دارالتفسیر، چاپ اول، ۱۴۱۶ ق.

خمینی، روح الله، ***کتاب البیع***، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.

خویی، ابوالقاسم، ***مصباح الفقاهة***، بی‌جا، بی‌تا.

خویی، محمد تقی، ***الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود***، بیروت، دار المؤرخ العربی، چاپ اول، ۱۴۱۴ ق.

روحانی، صادق، ***فقه الصادق علیه السلام***، قم، دار الکتاب- مدرسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.

روحانی، محمد، ***المرتقی إلی الفقه الأرقی- کتاب الخیارات***، تهران، مؤسسة الجلیل للتحقیقات الثقافیة (دار الجلی)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.

سبحانی، جعفر، ***نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء***، بی‌جا، بی‌تا.

سبزواری، عبد الأعلی، ***مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام***، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ ق.

سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، ***کفایة الأحکام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۳ ق.

شبیری زنجانی، موسی، ***کتاب نکاح***، قم، موسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

شهبازی، محمدحسین، ***مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی***، تهران، نشر دادآفرین، چاپ اول، ۱۳۸۵.

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ***مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام***، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، ***جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام***، محقق عباس قوچانی- علی آخوندی، بیروت، دار إحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

صفایی، حسین و اسدالله امامی، ***مختصر حقوق خانواده***، نشر میزان، ۱۳۷۷.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ***حاشیة المکاسب***، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.

طباطبایی، محمد حسین، ***حاشیة الکفایة***، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، چاپ اول، بی‌تا.

طوسی، محمد بن حسن، ***المبسوط فی فقه الإمامیة***، محقق سید محمد تقی کشفی، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.

عاملی، جواد بن محمد، ***مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة***، قم، دفترنتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، ***قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

فخلعی، محمدتقی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، ***مطالعات اسلامی: فقه و اصول***، شماره ۸۴/۱، بهار و تابستان ۸۹، صص ۹۷- ۱۲۶.

فشارکی، محمد، ***الرسائل الفشارکیة***، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

قمی طباطبایی، تقی، ***دراساتنا من الفقه الجعفری***، مقرر علی مروجی قزوینی، قم، مطبعة الخیام، چاپ اول، ۱۴۰۰ ق.

کاتوزیان، ناصر، ***قواعد عمومی قراردادها***، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۵.

مجاهد طباطبایی، محمد، ***کتاب المناهل***، قم، موسسه آل البیت (ع)، چاپ اول، بی‌تا.

محقق حلی، جعفر بن حسن، ***شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام***، محقق عبد الحسین محمد علی بقال، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

مکارم شیرازی، ناصر، ***کتاب نکاح***، قم، انتشارات مدرسه امام علی (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۴ ق.

مؤمنی، عابدین، «شرط خیار در نکاح»، ***مجله دانشکده علوم انسانی سمنان***، شماره ۱۲، ۱۳۸۴، صص ۱۲۵- ۱۵۰.

نائینی، محمد حسین، ***منیة الطالب فی حاشیة المکاسب***، مقرر موسی بن محمد خوانساری، تهران، المکتبة المحمدیة، چاپ اول، ۱۳۷۳ ق.